

## التعسف في استعمال حق الطلاق على ضوء قانون الأسرة الجزائري



من إعداد : الأستاذ سنوسي علي باحث في الدكتوراه

في القانون الخاص - جامعة سيدي بلعباس - الجزائر

يعد التعسف في استعمال الحق في الطلاق من أهم تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية؛ خصوصاً عند القائلين منهم بوجود نفقة المتعة، إذ أن الرجل يُعتبر متجاوزاً ومتعسفاً في استعمال حقه في الطلاق إذا قصد من طلاقه الضرر بزوجه، ولم يكن هناك من سبب معقول للطلاق، بحيث يكون الضرر الذي يصيب الزوجة يفوق الفائدة التي يجنيها الزوج من طلاقه لزوجه، والمصلحة التي يرمي إلى تحقيقها لا تتناسب البتة مع ما يصيب زوجته من ضرر من جراء طلاقه إياها.

ويمكن اعتبار الزوج متعسفاً بطلاقه في حالتين أكدتين هما : طلاق الفار، والطلاق بلا سبب معقول، وهناك صور فيها شبهة التعسف، ولكنها عند التحقيق تُعدُّ تجاوزاً وخروجاً عن حدود الحق، كالطلاق البدعي بصوره الثلاث: الطلاق في الحيض، وفي طهر مسهاً فيه، وبلفظ الثلاث<sup>1</sup>.

الفرع الأول : مفهوم الطلاق التعسفي وإثبات صورته.

بعد أن تقرر أن الطلاق هو أحد الصور التي تنفك بها الرابطة الزوجية، وهو من حقوق الزوج، التي يمكن أن يمارسها متى شاء، بدواعٍ شرعية، وضوابط قانونية، غير أن الزوج قد يقصد الإضرار بزوجه، لحاجة في نفسه، فيلجأ إلى ممارسة هذا الحق، ويكُون متعسفاً في استعماله، فما معنى الطلاق التعسفي؟ وكيف يمكن إثبات صورته؟

أولاً: مفهوم الطلاق التعسفي :

كما سبق بيانه أن التعسف يكون إذا مارس الشخص فعلاً مشروعاً في الأصل - بمقتضى حق شرعي ثبت له -، أو بمقتضى إباحة مأذون فيها شرعاً، على وجه يلحق بغيره الأضرار، أو يخالف حكمة المشروعية.

ومنه يكون الطلاق وباعتباره حقاً مشروعاً، يخضع مثل سائر الحقوق للقيود العام، وهو عدم التعسف في استعماله بما يناقض مقصود الشارع، أو بنية الإضرار، بحيث يصير مقيداً بالحاجة الضرورية، فلا يسوغ إيقاع الطلاق بدون

1: محمد علي الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، ص101، ود/محمود بن صغير؛ الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته؛ ص 559 وما يليها.

حاجة، وبدون سبب إليه، لما فيه من الإضرار بالغير بدون سبب<sup>1</sup>، فإن خالف الطلاق هذه المحترزات كان طلاقاً تعسفياً<sup>2</sup>.

وكانت أول نشأة للطلاق التعسفي مرتبطة بما قضت به محكمة مصر الكلية، بتاريخ 1926/ 01/20 م، ويتلخص موضوع الدعوى، في : "أن سيّدة تقدمت لمحكمة مصر، مدعية أنها كانت تشتغل بمهنة التدريس، وتتقاضى مرتباً قدره 11 جنيهاً، فعرض عليها المدعى عليه الزواج، فترددت في قبول عرضه، لعلمها أنه يجب عليها قانوناً - سابقاً - عند قبوله تقديم استعفاؤها من مهنتها التي تزاوّلها، وأخيراً قبلت الزواج، وقدمت الاستقالة، وفي شهر أكتوبر 1924، تم العقد بينهما ودخل بها. ولم يمض على هذا الزواج إلا مدة وجيزة، حيث طلقها المدعى عليه في ديسمبر 1924.

فرفعت المدعية دعواها، مطالبة المدعى عليه، بأن يدفع لها خمسة آلاف جنيه بصفة تعويض، لأن هذا الطلاق أضرب بها مادياً وأدبياً، وأنه ليس للزوج بمقتضى الشريعة الغراء أن يوقع هذا الطلاق إلا لضرورة ملحة، فإذا انتفت الضرورة كان الزوج في إيقاعه هذا الطلاق مخطئاً، بل آثماً، وما دام هناك ضررٌ وخطأٌ كان التعويض واجباً، وأنه وإن كان الطلاق حقاً مشروعاً، إلا أنه من المبادئ المقررة قانوناً، أنه لا يجوز للشخص أن يسيء استعمال حقه - بحسب نظرية التعسف - وإلا كان ملزماً بالتعويض، لا سيما إذا لوحظ أن المدعى عليه غررَ بالمدعية، وأوهمها أنها ستستعيز عن حياتها المدرسية بحياة زوجية دائمة الرباط، وكان دفاع الزوج أن الطلاق حق مشروع في الشريعة، وأنه ليس للزوجة المطلقة إلا مؤخر صداقها ونفقة عدتها. ولكن محكمة مصر الكلية رفضت هذا الدفاع، وقضت بإلزام المدعى عليه، بأن يدفع للمدعية مبلغ ألف جنيه، بصفة التعويض<sup>3</sup>.

ثانياً: صور الطلاق التعسفي :

أجاز الشارع اللجوء إلى الطلاق، كآخر حل، وبعد فشل كل محاولات الإصلاح، وقيد الزوج في استعماله هذا الحق بعدم التعسف أو قصد الإضرار بالزوجة، فإذا وقع خلاف هذا كان الزوج متعسفاً، وعليه تتعدد صور هذا التعسف، وتتخذ أشكالاً تكون مؤشراً على ذلك التعسف.

I. : الطلاق بغير سبب :

إنَّ الطلاق وإن كان حقاً بيد الزوج، غير أنه مقيدٌ بأسبابه، وذلك بما لا يضر الزوجة، أو يسئ إليها، فقد قيد الشارع إيقاع الطلاق بقيود، حتى لا يحيد عن الحكمة والقصد من تشريعه، وهذا التقييد يرجع لكون الزواج نعمة والطلاق قطعاً لها، لكن إذا حدث وأن طلق الزوج زوجته بلا سبب وجيه ومعقول، فماذا يترتب عليه؟ إن وقوع الطلاق من الزوج بهذه الحالة يعدُّ تعسفاً، وقرينة قائمة على قصد إيذاء زوجته، لذا فقد رتب الشارعُ المتعة وجوباً<sup>4</sup>، عدا المطلقة قبل الدخول التي سُمي صداقها<sup>5</sup>.

1 : مجيد علي العبيدي، الطلاق التعسفي بين الشريعة والقانون، مرجع سابق ؛ ص 07

2 : وسمي الطلاق تعسفياً لأن الزوج صاحب الصلاحية في إيقاع الطلاق قد استخدم صلاحيته على خلاف مقصد الشارع من إيقاع الطلاق وقد قرر الشارع أنه لا يجوز استخدام الطلاق وسيلة لإيذاء الزوجة.

3 - مقتبس عن: ساجدة عفيف ومحمد رشيد عتبلي، مرجع سابق، ص 40.

4 المتعة هي ما يدفعه الزوج لزوجته من مال أو غيره عوناً وإكراماً لها، وتقديرها مفوض للقاضي.

5 ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، دار الإمام مالك، الجزائر، ط1، 2008، ص 100.

لَقَوْلِهِ تَعَالَى : لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرَهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرَهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ ۚ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ (236):1، وقوله : وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ ۚ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ (241):2.

وإعمالاً لهذه النصوص الشرعية، ولأن الطلاق التعسفي ضياعٌ لمستقبل الزوجة، وتفويتٌ لفرص لها قد لا تعود، والقاضي منوطٌ به إنصاف المظلومين، وعليه معاقبة من لا يحسن أو يسيء التصرف سواءً، فمن طلق زوجته وأصابها ضرراً من جراء ذلك، ولم يكن هناك من سبب شرعي يدعو إليه، فالطلاق تعسفيٌ يجب فيه التعويض. وحتى لو افترضنا أن المطلقة لم تتعرض لأية آثار مادية، كونها غنية أو عاملة، فإنها بلا ريب ستعرض لنوع أقسى من الأضرار، وهي الآثار المعنوية للطلاق، لأن للطلاق أثراً كبيراً على نفس المطلقة، خاصة إذا كان من غير سبب أو مبرر مقبول، ولم يكن بينها وبين زوجها من المشاكل ما يمكن أن يتوقع معه حدوث الطلاق. وأهم هذه الآثار، حالة اكتئاب وقلق نتيجة لنظرة المجتمع إلى المطلقة، وربما اتهامها من قبل المجتمع بأنها ما طلقت إلا لريبة أو تهمة<sup>3</sup>، وحرمانها من نعمة النكاح، وكسر قلبها بالفراق الذي لم تكن ترضاه، وربما يكون هذا زواجها الأول والأخير، وذلك لعدم رغبة الرجال بالزواج من المطلقة غالباً<sup>4</sup>. فلأجل كل هذا شرعت المتعة جبراً لخاطرهما وتخفيفاً عليها.

أما من زاوية القانون الوضعي، فقد قضى المشرع الجزائري للمطلقة التي ثبت تعسف زوجها في طلاقها، في المادة 52 ق أ ج بالتعويض<sup>5</sup>. كما أن تكليف طلاق الزوج بكونه متعسف فيه أم لا، أمرٌ متروك للسلطة التقديرية للقاضي، هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا بأن حكم قضاة الموضوع بالتعويض المادي والمعنوي للزوجة من جراء طلاق زوجها لها بإرادته المنفردة، هي من المسائل التي تخضع لسلطتهم لتقديرية<sup>6</sup>. وعليه لما كان التعسف في الطلاق إثباته من عدمه أمام الجهة القضائية لأنها وحدها المخولة لتحديد طبيعة الطلاق، ومعيار التعسف فيه، فمما لا شك فيه أن معيار السلطة التقديرية للقاضي وحدها كفيلة بتحديد حالة ودرجة التعسف، باعتبار أن القاضي فيها هو قاضي أساس، يراعي فيه معيار حالة التوازن طبقاً للقاعدة الشرعية "لا ضرر ولا ضرار"، وهذا ما تجسده سلطته الموضوعية التقديرية، لأن المحكمة جهاز حيادي في كل الأحوال، ولمن رأى أنه مظلوم رفع أمره إلى الجهات القضائية العليا<sup>7</sup>.

وعليه فإذا طلق الزوج زوجته، وتبين للقاضي أن الزوج متعسفٌ في طلاقه دونما مبرر شرعي وسبب معقول، والزوجة في هذه الحالة سيصيبها ضررٌ، جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حالة ودرجة تعسفه بتعويض

1- سورة البقرة، آية 236.

2- سورة البقرة، آية 241.

3- عمرو عبد الفتاح، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، دار النفائس، عمان، 1418هـ، ص 181.

4- عمرو عبد الفتاح، مرجع سابق، ص 181.

5- المادة 52: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

وقد صدرت عن قسم شؤون الأسرة لمحكمة سعيدة أحكاماً في فترات متقاربة، ومنحت نفس مقدار المتعة تقريباً، فقضت بتاريخ 2008/3/22، بتمكين المطلقة من تعويض قدره 30.000 دج، وهو نفس المبلغ الذي قضت به للمطلقة بموجب الحكم الصادر في 2009/06/27، معتبرة في كلا الحكمين الطلاق تعسفياً، لأن الزوج صمم على الطلاق، والزوجة تمسكت بالرجوع خلال مراحل النزاع، دون أن تُحدد هذه الأحكام طبيعة الضرر اللاحق بالمطلقة ولا عناصره.

6- المحكمة العليا، غرفة القانون الخاص، 1969/05/29، النشرة السنوية للقضاة، 1969، ص 114.

7- عبد الفتاح تقيّة، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والإجتهد القضائي، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، 2006/2007، ص 56.

عادل<sup>1</sup>. أما في حال ثبوت تعسف الزوج في طلاقه، فإن للمطلقة حقها في المتعة، إضافة إلى التعويض على الضرر الذي لحقها جراء تعسف الزوج<sup>2</sup>.

ومنه فإن المشرع الجزائري بقضائه الحكم بالتعويض للزوجة المطلقة بدون سبب معقول كان مستنده مبدأ التعسف في استعمال حق الطلاق، لأن انتفاء السبب المشروع يعتبر قرينة للضرر وهو - كما سبق - مبدأ مستمد من الفقه الإسلامي، الذي يقضي بأن الحق يصبح غير مشروع إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير<sup>3</sup>، وهذا في حد ذاته تطبيق لمبدأ التعسف في معياره الذاتي، الذي يعتد بالبائع والدافع في استعمال الحق.

وعليه فبإعمال معيار اعتبار الوصف التعسفي في استعمال الحق وتطبيقاته على الطلاق التعسفي فإنه يمكن إيراد قول الدكتور فتحي الدريني في بيان حقيقته وطبيعته: لما قال: «يقوم التعسف

على وجه يخالف الحكمة التي من أجلها شرع الحق، والمخالفة أو المناقضة تظهر من وجهين:

أولاً من حيث الباعث والدافع الذي حرك إرادة ذي الحق إلى أن يتصرف بحقه لتحقيق غرض غير مشروع، من الإضرار بالغير، أو هدم قواعد الشرع، بتحليل مُحَرَّم، أو إسقاط واجب، تحت ستار الحق.

وثانياً من جهة النتيجة، أو الواقعة المادية، أو الثمرة التي تترتب على استعمال الحق بحد ذاتها، بقطع النظر عن العوامل النفسية، فإذا كانت تلك النتائج أضراراً أو مفساد راجحة، مُنَع التسبب فيها، أي مباشرة الحق، ووجه المناقضة هنا ظاهر، لأن الحقوق لم تشرع كوسائل لتحقيق مضار، أو مفساد غالبية، الأمر الذي لا يتفق مع أصل الشريعة، من أنها مبنية على جلب المصالح ودرء المفساد<sup>4</sup>.

وعليه فالتعسف في استعمال الطلاق هو الخروج به عن الحكمة التي اقتضت تشريعه، بمعنى مناقضة قصد الشارع في رفع قيد النكاح حالاً أو مآلاً بلفظ مخصوص<sup>5</sup>.

وبناء على ذلك وضع فقهاء الشريعة معايير للوصف التعسفي تساعد القضاء في ضبط هذا الفعل وتحديد ماهيته، بحيث لا يمكن الحكم على تصرف ما بالتعسف إلا إذا انطبقت عليه معايير نظرية التعسف في استعمال الحق. وهذا ما يعني أن هناك عدة معايير يُعرف بها الوصف التعسفي في استعمال الحق، فبالإضافة إلى المناقضة بين قصد الفاعل وقصد الشارع، وقصد الإضرار بالغير، توجد معايير فرعية أخرى كاختلال التوازن بين المصالح والضرر الفاحش<sup>6</sup>.

ثالثاً: إسقاط معايير الوصف التعسفي على حالة الطلاق بلا سبب :

لا شك أن إيقاع الطلاق على المرأة فيه ضرر عليها، فإذا كان المطلق متعسفاً في استعماله لهذا الحق، فإنه يكون قد تسبب في إيقاع الضرر، فينبغي أن يتحمل مسؤولية ذلك. ومن الأضرار التي تقع على المرأة نتيجة الطلاق، حرمانها من الحياة الزوجية المستقرة التي فيها السكينة والطمأنينة، وهي بالطلاق فقدت حق الإعالة في زوجها،

1 : لأنه من المقرر شرعاً أن الطلاق حق للرجل صاحب العصمة ، وأنه يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره.

2 : هذا ما قضت به المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 35912، بتاريخ 1985/04/08: "أنه من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقاً تعسفياً نفقة عدة، نفقة إهمال، نفقة متعة، وكذلك التعويض الذي قد يحكم به لها من جراء الطلاق التعسفي، وينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة، وفي أي إطار تدخل، والقضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي منح للزوجة مبلغاً إجمالياً من النقود مقابل الطلاق التعسفي.

3 : العربي بلحاج، قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 238

4- فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مؤسسة الرسالة، بيروت ، 1984، ص 26 .

5 محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري ، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية، جامعة باتنة، 2008-2009، ص 556.

6- ساجدة عفيف ومحمد رشيد عتبلي، مرجع سابق، ص 37.

وأصبحت فرصة زواجها مرة أخرى ضعيفة، وبالتالي فإنها من ألم الفراق ربما تفقد الثقة بالناس وبنفسها. وفي الطلاق كبتٌ لغريزتها الجنسية، وما ينشأ عن الكبت من آثار نفسية، علاوة على ذلك فإن المجتمع ينظر إلى المطلقة نظرة فيها بعض القسوة. وإذا كان الأصل في الطلاق الحظر، فإنه يترتب على ذلك أن الأصل في كل طلاق يقع على الزوجة أنه طلاق تعسفي<sup>1</sup>.

وإذا كان الأصل في الطلاق الحظر، فإنه يترتب على ذلك أن الأصل في كل طلاق يقع على الزوجة أنه طلاق تعسفي<sup>2</sup>. وينبغي على هذا أن المطلقة ليست بحاجة لإثبات أن زوجها متعسف باستعمال حقه، فيكفي منها إثبات إيقاعه الطلاق عليها ليحكم لها بالتعويض. فإذا ادّعى أنه طلقها بسبب، كان عليه عبء الإثبات، ولا تُكَلَّف المطلقة لإثبات التعسف في الطلاق. فالأصل أن كل طلاق لا يستند إلى سبب معقول، هو طلاق تعسفي، وأن إثبات كون الطلاق لم يكن تعسفياً يقع على عاتق الزوج، فإذا أثبت الزوج أن الطلاق كان لسبب معقول، فلا وجه للزوجة بالمطالبة بالتعويض، أما إذا عجز عن إثبات دفعه، فإن طلاقه يكون تعسفياً، ويحق للزوجة المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابها. وعليه استقر الاجتهاد القضائي أن عبء إثبات السبب المشروع للطلاق يقع على عاتق الزوج، فإن لم يُثبت السبب المشروع الذي دفعه للطلاق اعتبر متعسفاً بمجرد إيقاع الطلاق، إلا إذا أثبت العكس.

وبناء على كل هذا فإن الوصف التعسفي على حالة الطلاق بلا سبب، يتم تقريره بإعمال معيارين رئيسيين هما المعيار الشخصي والمعيار الموضوعي، واللذان يندرج تحتها بعض المعايير الفرعية.

#### I. المعيار الشخصي (الذاتي) :

سبق بيان أن هذا المعيار يتناول :

- معيار ابتغاء مصلحة غير مقصودة للشارع :

إن استعمال الحق في غير الغرض الذي شرع من أجله يُعدُّ ظلماً، وبيان ذلك أن الطلاق شرع ليكون الحل السليم للخلافات الزوجية والتي لا يمكن معها استمرار الحياة الزوجية بين الزوجين، ولم يُشرع الطلاق إلا لهذا المقصد، واستعمال الحق في إيقاع الطلاق لغير هذا السبب يكون تعسفاً. فالطلاق لم يشرع إلا للحاجة، وذلك عندما يستحكم الخلاف والنزاع بين الزوجين، ولا يبقى مجال للإصلاح، ولم يحقق الزواج مقاصده التي أمر الله بها، والحاجة هي دفع الضرر. فإن قصد الزوج إيقاع الطلاق من أجل إلحاق الضرر بالزوجة، فهذا مناقض لمقصد الشارع وتعسف في استعمال حق الطلاق<sup>3</sup>.

- معيار تمحض قصد الإضرار :

وهنا ننظر في العامل النفسي الذي حرّك إرادة الرجل إلى إيقاع الطلاق، ونتعرف على الأسباب التي دعت به إلى الطلاق، وما هي الأخطاء التي ارتكبتها الزوجة والتي تسوغ له إيقاع الطلاق، مع الكراهة الشديدة في إيقاعه، والتنفير الشرعي العام منه؟ فإذا كانت من التفاهة بحيث لا تُعدُّ سبباً للتطليق، كان الزوج قاصداً الإضرار بها، والضرر ممنوع<sup>4</sup>، فقد يكون الرجل قصد الإضرار بالزوجة، وذلك بإيقاع الطلاق عليها، ولا يوجد ثمة منفعة أو مصلحة يحققها من إيقاع الطلاق، سوى الإضرار بالزوجة. وقد يكون الدافع لذلك الانتقام والكراهية وذلك عندما يطلق الزوج زوجته بلا مسوغ شرعي من جلب مصلحة أو دفع مفسدة سوى الإضرار بها، والكراهية والانتقام، لأن الأصل في الطلاق

1: محفوظ بن صغير، مرجع سابق، ص 568 .

2: محفوظ بن صغير، مرجع سابق، ص 568 .

3: عليان بوزيان، مرجع سابق، النشرة 05، 2009.

4: القدومي عبير زكي شاكر، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، عمان، دار الفكر، 1428 هـ، ص 206 .

الحظر والكراهة، ولا يُشرع إلا لضرورة، فإذا أوقع الزوج الطلاق بلا حاجة دفعته، ولا ضرورة ملحة، فيكون متعسفاً في استعمال حقه، وناقضاً قصد الشارع من المحافظة على النسل، وديمومة الحياة الزوجية واستقرارها، ولم يقصد سوى الإضرار، والضرر حرام، ويجب عليه رفعه إما بمراجعتها، أو تعويضها عما لحقها من أضرار. هذا عن المعيار الذاتي، وكيفية إسقاطه على الطلاق لتوصيفه بالتعسف، وننتقل الآن إلى تفصيل المعيار الموضوعي .

## II. المعيار المادي ( الموضوعي ) :

### - معيار الضرر الفاحش :

" فطلاق المرأة يجلب لها جملة من الويلات الاجتماعية والمادية، فالمرأة المطلقة تحوم حولها جملة من التساؤلات، والمجتمع يقسو على المرأة المطلقة، فضلا عن العوز والفقر التي سوف تتعرض له، وقلما تجد لها زوجا يطلبها للزواج، فتقف حياتها، وتبقى في زمرة النساء المعنفات اجتماعيا، والسبب أنهن مطلقات، وذلك لأن الزوج إن طلق زوجته بعد فترة من حياتهما معا، واعتمادها في النفقة عليه، ثم يحدث الطلاق وقد بلغت من العمر أرذله أو قاربت، فإن في الطلاق قذفا لها في الهاوية، وإضراراً بها ضرراً فاحشاً تعطل فيه حياتها، ولا مستقبل لها، وقد باتت في هذا السن، والزوج في ذلك مُضِرٌّ بها ضرراً كبيراً، وقد لا تكون له حاجة، أو تكون له بدائله من التعدد مثلاً، فلا يعقل أن يترك في ذلك بل يؤخذ على يده" <sup>1</sup> .

### - اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة :

قد يكون للزوج مصلحة من إنهاء الحياة الزوجية، واستئنافها مع أخرى، وتجديد حياته، وجلب المنافع له ودفع المضار الناتجة من استمراره في الزواج لكن قد تكون المضار التي سوف تقع على الزوجة و الأبناء والأسرة وعلى المجتمع تفوق بكثير المضار التي سيدفعها عنه بإنهاء الحياة الزوجية <sup>2</sup>. وبمعنى أدق أن الزوج بإيقاعه للطلاق قد تكون له أحياناً أسبابه أو مبرراته التي يراها دواعي للطلاق، وإن فعلة كان لدفع الضرر عن نفسه في معاشرة من لا يريد. وإذا قمنا بالموازنة بين الضرر المترتب على الطلاق وهو الذي يمس فئة كبيرة من الأشخاص، من الزوجة والأبناء، والمجتمع عموماً، وقد يمس الزوج شيء منه، وبين الضرر المترتب على استمرار الزوج في حياته، والبحث عن وسائل جديدة تجدد حياتهما، وتبعد عنها الرتابة والملل، من استذكار خير الزوجة، والنفع الذي جلب معها، فيرجح الضرر الأول، ويكون دفعه أولى، ويكون الطلاق جلباً لضرر أكبر من الضرر المراد دفعه وهذا ممنوع. فإذا تساوت المصلحة المرجوة من الطلاق مع الضرر الذي يلحق بالمرأة، فإن الرجل يكون متعسفاً أيضاً عملاً بالقاعدة الشرعية " درء المفاسد أولى من جلب المنافع" <sup>3</sup>. فإذا انطبقت معايير التعسف على واقعة الطلاق، وأصرَّ على عدم الإرجاع، فإنه يترتب على طلاقه الجزء الأخرى الذي وضعه الشارع، والمتمثل في الإثم كما يترتب عليه التعويض للمطلقة عما ألحقه بها من ضرر مادي ومعنوي.

بهذا يكون قد اتضح الوصف التعسفي للطلاق بإعمال المعيارين المذكورين، ويجب التطرق الآن إلى موقف بعض التشريعات في البلاد العربية من هذا الطلاق .

1 : القدومي، مرجع سابق، ص 207

2- جمانة فوزي النعيمات، الطلاق التعسفي ومعايير التعسف في استعماله، مقالة منشورة على الموقع الإلكتروني [www.jumana-jfc.com](http://www.jumana-jfc.com)، 2010.

3: محمد بكر إسماعيل ، مرجع سابق، القاعدة الرابعة عشر، ص 107.

## الفرع الثاني : موقف بعض التشريعات العربية من الطلاق التعسفي.

وعلى هذا المنهج الذي يعتمد على إعمال المعيارين الرئيسيين المذكورين سالفاً، سارت معظم التشريعات العربية<sup>1</sup>، رغم تفاوت مواقف المحاكم الشرعية وقوانين الأحوال الشخصية في العالم العربي من مسألة الطلاق التعسفي والتعويض عنه، فقد ذهب المشرع الفلسطيني إلى أن قضايا الطلاق التعسفي ينعقد فيها الإختصاص لمحاكم الصلح، والسبب في هذا أن قضايا الطلاق التعسفي لم تُبحث ضمن قانون حقوق العائلة الفلسطيني، إنما أدرجت ضمن قانون العقوبات الذي عدّ الطلاق الواقع بدون رضى الزوجة، وبدون حكم قضائي طلاقاً تعسفياً، ويترتب على هذا الطلاق حبس الزوج لمدة 6 أشهر<sup>2</sup>.

أما موقف المشرع المصري، فقد جاء في مشروع قانون الأحوال الشخصية المصري لعام 1956 والذي ورد فيه أنه: "إذا كان الطلاق بعد الدخول بغير رضاها تكون لها متعة، هي نفقة سنة بعد انتهاء العدة وتُقطع إذا تزوجت"<sup>3</sup>. وما يلاحظ على مشروع هذا القانون هو الأخذ بمبدأ التعويض من خلال متعة الطلاق، وهذا يؤكد وجود توجه فقهي قوي يربط الطلاق التعسفي بالمتعة، كما ربطه بحالة عدم رضى الزوجة، فقد يكون الزوج محقاً بطلاقه والزوجة غير راضية.

في حين يظهر موقف المشرع المغربي من خلال المادة 52 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية<sup>4</sup> التي مفادها: "يُلزم كل مُطلّق بتمتع مطلقته، إذا كان الطلاق من جانبه، بقدر يُسرّه وحالها، إلا التي سُمّي لها الصداق وطلّقت قبل الدخول". وإذا ثبت للقاضي أن الزوج طلق بدون مبرر مقبول تعيّن عليه أن يراعي عند تقدير المتعة ما يمكن أن يلحق الزوجة من أضرار<sup>5</sup>.

وما يلاحظ هنا تأكيد العمل بالمتعة بدلا من تعويض الطلاق التعسفي، وذلك بعد الدخول أو قبل الدخول وتسمية المهر، كما أن المدونة تعطي الزوجة الحق في المطالبة بزيادة المتعة إذا أثبتت أن طلاقها كان بدون مبرر.

1 : مروة صبري، الطلاق التعسفي - دراسة فقهية مقارنة - مجلة الجامعة، 2009، عدد 13، ص 29.

2 المادة 181، قانون العقوبات الفلسطيني، لعام 1977: "كل من أجرى طلاقاً وهو يعلم أنه محذور حسب القانون أو يعلن بأن الشخص المطلق يرتكب جرماً بإجرائه يعاقب بالحبس لمدة ستة أشهر".

3 : محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 286.

أما القانون الأردني فيُنصّ في مادته 134 ق.أ.ش على أنه "إذا طلق الزوج زوجته تعسفاً كأن يطلقها لغير سبب معقول وطلبت من القاضي التعويض حكم على مطلقها بالتعويض الذي يراه مناسباً بشرط ألا يتجاوز مقدار نفقتها عن سنة."، فالملاحظ أن القانون الأردني أعطى للمطلقة تعويضاً عن التعسف ولكنه وضع حداً أعلى بما لا يزيد عن نفقة سنة.

أما المشرع السوري فقد جاء في المادة 117 ق.أ.ش السوري أنه: "إذا طلق الرجل زوجته لغير سبب معقول وتبين للقاضي أن الزوجة فقيرة وأنها تتعرض للبؤس والفاقة بسبب هذا الطلاق جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بالتعويض بنسبة التعسف ودرجته، بشرط ألا يتجاوز التعويض نفقة سنة لأمثالها فوق نفقة العدة وللقاضي أن يجعل دفع هذا التعويض جملة أو شهرياً بحسب مقتضى الحال".

ومنه نلاحظ أن المشرع السوري قد جعل حق المطلقة في التعويض مرتبطاً بالبؤس والفاقة، وهذا يعني أنها لو كانت غنية فلا حق لها في التعويض.

أما موقف المشرع التونسي فقد ورد في الفصل 31 من القانون التونسي ما يفيد بتعويض من تضرر من الزوجين نتيجة الطلاق بتعويض عن الضرر المادي والمعنوي. والملاحظ في هذا القانون أن المرأة تُعوّض عن الضرر المادي بمنحة تدفع لها بعد انقضاء العدة شهرياً، على قدر ما إعتادته من عيش في ظل الحياة الزوجية بما في ذلك المسكن، وهذه المنحة قابلة للمراجعة إرتفاعاً وانخفاضاً بحسب ما يطرأ من متغيرات، وتستمر المنحة إلى أن تتوفى المفارقة أو يتغير وضعها الاجتماعي بزواج جديد أو بحصولها على ما تكون معه في غنى عن هذه المنحة... إلا إذا اختارت حصولها عن التعويض عن الضرر المادي في شكل دفعة واحدة.

4: تم إلغاؤها وتعويضها بمدونة الأسرة سنة 2004.

5 : عبد العزيز توفيق، مدونة الأحوال الشخصية، دار الثقافة، الدار البيضاء، 1997م، ص 55.

وبنظرة عامة في القوانين التي تطرقت لمسألة الطلاق التعسفي، نجد أن قسماً منها ألزم الزوج بنفقة مطلقة بعد انتهاء العدة الشرعية، على خلاف بينهم في مدة الإنفاق، وهذا أمرٌ مخالفٌ للشرعية، وفيه إلزامٌ بأمر لا يلزم، لأن الزوج يُلزمُ بالإنفاق على زوجته بموجب عقد الزواج، والإلتزام ينتهي بانتهاء الرابطة الزوجية، ويُلحق بذلك فترة العدة على خلاف بين الفقهاء في نفقة المعتدة البائن. كما أن فتح باب تقدير المتعة بناء على إيقاع الطلاق بدون مبرر، قد يدخلنا في سلبات المطالبة بالتعويض عن الطلاق التعسفي بلا ضابطٍ يحدده.

وكخلاصة عامة لما سبق، يمكن القول أن الزوج وإن تعسف في الطلاق، فقد تعسفت القوانين التي أخذت بمبدأ التعويض في مقدار العقوبة المالية، وفي تكييفها لها، وهذا هو شأن القانون البشري الذي مهما بلغ فلن يحل المشكلة الاجتماعية الناتجة عن الطلاق، ولن يُقلل من نسبته، والبديل هو تغيير القانون بفرض المتعة لكل مطلقة، أما معالجة تعسف الزوج في إيقاعه للطلاق، فلا تكفي المعالجة القانونية القضائية، بل يجب أن توازيها المعالجة التربوية الاجتماعية والدينية، لتضافر الجهود وتؤتي أكلها.

بعد توضيح حالة الطلاق بلا سبب كونه أحد أهم صور الطلاق التعسفي، نتحول الآن إلى صورة أخرى للطلاق التعسفي، وهو الطلاق في مرض الموت، وبيان مواقف فقهاء الشريعة والقانون من هذا.

**الفرع الثالث : الطلاق في مرض الموت<sup>1</sup>.**

تعدد صور فك الرابطة الزوجية، بينما يكون صادراً من الزوج أو من الزوجة، أو بتراض منهما، أو بطلب التّطليق باللجوء إلى القضاء، غير أنّ الحالة الأولى يمكن أن تكون في عدة أحوال، ومنها ما لو طلق الزوج زوجته وهو في مرض الموت، وعليه فما المقصود بمرض الموت؟ وما حكم الطلاق الصادر في هذه الحالة، وأين يكمن وجه التعسف في هذا الطلاق؟ وما موقف القانون من كل هذا؟

**أولاً: المقصود بمرض الموت وصورة التعسف في هذا الطلاق.**

قد يطلق لزوج زوجته وهو في فراش الموت، مما يجعل الشكوك تحوم حول نيته، ودافعه إلى اللجوء إلى هذا الفعل، فهل يحق للزوج ممارسة هذا الحق؟ أم تصرفه هذا يكون مشوباً بشبهة التعسف ونية الإضرار بزوجه؟.

**I. المقصود بمرض الموت.**

المريض بمرض الموت، هو مَنْ مرض مرضاً يمنع صاحبه من إقامة مصالحه بنفسه، ويكون الغالب في ذلك المرض موت صاحبه منه<sup>2</sup>، ويسمى بمرض الموت لاتصال الموت بذلك المرض. وعليه فإنّ مرض الموت هو المرض الذي يُفضي بصاحبه إلى الموت، ويمنع فيه صاحبه من بعض التصرفات. ولهذا فإنّ مرض الموت الذي تمنع به التصرفات هو ما تحقّق في أمرين :

أن يكون مرضاً يحدث منه الموت غالباً، وأن يموت الشخص بالفعل موتاً متصلاً به<sup>3</sup>.

وسواء كان هذا بسبب مرض أصيب به، لا يُشفى منه عادةً، وينتهي به إلى الموت كالأعراض المستعصية في هذا الزّمان. ويُلحقُ بالمريض مرض الموت كذلك من قدّم للقتل قوداً، أو قصاصاً أو حدّاً<sup>4</sup>، وذلك لما في هذه الصُّور من

1 : لم يثبت في الكتاب ولا في السنة حكم طلاق المريض بمرض الموت، إلا ما ورد من قضاء عثمان - ض - في امرأة عبد الرحمن بن عوف بالميراث منه لما طلقها في مرضه الذي مات فيه، وكذلك قضى عليٌّ لامرأة عثمان لما طلقها لما حوّر.

2 : ابن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار، ج3، دار الفكر، بيروت، ط2، 1979م، ص 383.

3 : محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1977، ص 314.

4 : محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 316.



معنى مشترك مع المرض، وهو الإفضاء والاتصال بالموت. كما أن المحكمة العليا قد عرفت مرض الموت الذي يبطل به التصرف، بأنه هو المرض الأخير إذا كان خطيراً، ويجرُّ إلى الموت، وبه يفقد وعيه وتمييزه<sup>1</sup>.

**II. صورة التعسف في هذا الطلاق.**

ويظهر تعسف الزوج، في قصد الإضرار الذي يريد إلحاقه بزوجته، وهذا بلا شك عدوان لا يرضاه الله و تأباه المروءة. إذ كيف يطلق الرجل هذه المرأة في آخر أيامه، بعد أن قطعت معه أشواط العمر، و ربما تحملته و صبرت على أذيته ليفاجئها بهذه النهاية الحزينة، والإشكال الثائر هو هل تراث هذه المرأة المطلقة أم لا تراث ؟ .

لذلك فهذه التطبيقات وغيرها يظهر فيها جلياً مبدأ التعسف في استعمال الحق، في الطلاق و الضرر الذي يصيب الزوجة و الزوج على طرفي سواء، وذلك مثل الطلاق في الحيض و طلاق الثلاث بلفظ واحد، فقد يكون الرجل قاصد الإضرار بالزوجة، وذلك بإيقاع الطلاق عليها، ولا يوجد ثمة منفعة أو مصلحة يحققها من إيقاع الطلاق سوى الإضرار بها وحرمانها من الميراث. وقد يكون الدافع لذلك الانتقام والكراهية، وذلك عندما يطلق الزوج زوجته وهو على فراش الموت، أو في أي حالة تلحق بهذا، وليس له من جلب مصلحة أو دفع مفسدة، سوى الإضرار بها، والكراهية والانتقام، ولأن الأصل في الطلاق الحظر والكراهية، ولا يشرع إلا لضرورة، فإذا أوقع الزوج الطلاق بلا حاجة دفعته، ولا ضرورة ملحة، فيكون قد تعسف في استعمال حقه، وناقض قصد الشارع من المحافظة على النسل وديمومة الحياة الزوجية واستقرارها، وهدم الوفاء والتعامل بالحسنى لمن شاركته حياته، ويظهر أنه لم يقصد سوى الإضرار، والضرر حرام في كل صورته، ومهما كانت مبرراته.

**ثانياً : حكم الطلاق في مرض الموت .**

تباينت آراء فقهاء الشريعة الإسلامية حول حكم هذا الطلاق، ولجوء أحد الزوجين إليه، وما يترتب عليه من آثار، كما انسحب كل هذا على الفقه والقانون الوضعيين، مما أدى إلى تعدد إجهادات المحكمة العليا في هذه المسألة.

**I. من منظور الفقه الإسلامي.**

يذهب بعض الفقهاء في التعبير عن طلاق المريض بطلاق الفارّ، لفراره من الإرث ظاهرياً<sup>2</sup>، والفرار كما يكون من الزوج، يكون من الزوجة أيضاً، كما لو كان الزوج قد فوّض إليها أمر طلاقها، فطلّقت في مرضها، وكما لو تسببت في فسخ النكاح في حال مرضها.

كما أنه لا خلاف بين الفقهاء في أن المريض مرض الموت، يقع طلاقه كما يقع الطلاق من الصحيح، مادام المرض لم يؤثر على قواه العقلية، ويجعله ملحقاً بالجنون، ويترتب عليه جميع الآثار التي تترتب على الطلاق الصحيح، ولا يختلف عنه إلا في استحقاق الإرث عند الموت بعد الطلاق، واستحقاق الإرث يختلف باختلاف صفة طلاق المريض، من كونه رجعيًا أم بائناً.

**الرأي الأول : إذا كان الطلاق رجعيًا.**

وصورته إذا طلق المريض مرض الموت ومن في حكمه زوجته طلاقاً رجعيًا، ومات وهي في العدة ورثته زوجته، كما لو طلقها في حال صحته، لأن الطلاق الرجعي لا يزيل النكاح، ولأن الزوجية قائمة بعد الطلاق، وقبل انقضاء العدة، حتى جاز له مراجعتها في العدة بلا عقد ولا مهر جديدين، بل دون توقف على إذنهما ورضاها، والنكاح القائم من كل وجه سببٌ لاستحقاق الإرث من الجانبين، كما لو مات أحدهما قبل الطلاق، ويستوي أن يكون الطلاق برضاها

1 : المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، 1984/07/09، ملف رقم 33719. نقلا عن بلحاج العربي، مرجع سابق.

2 ؛ ويعتبر الزوج فاراً من الميراث إذا كان الطلاق بائناً، وكان الزوج في الطلاق طائعا وبغير رضاها وكانت هي مستحقة للميراث من وقت الطلاق حتى وقت الوفاة من مرض الموت الذي طلقها فيه.

أو بغيره، وسواءً كانت مسلمة وقت الطلاق، أم كتابية ثم أسلمت في العدة قبل موته، لأن النكاح كما سبق بعد الطلاق الرجعي يضل قائماً من كل وجه مادامت العدة قائمة، ولأنه لا يشترط أهليتها للإرث منه في الطلاق الرجعي وقت الطلاق، بل الشرط أن تكون مسلمة وقت موته<sup>1</sup> وبالنظر إلى مذاهب و آراء فقهاء الشريعة الإسلامية فإننا نستنتج مايلي :

ذهب أغلب فقهاء الشافعية أن المطلقة في مرض الموت طلاقاً بائناً لا ترث، ومثلها في ذلك المطلقة طلاقاً بائناً في الصحة، لأن الزوجية ارتفعت بحصول الطلاق البائن قبل الموت، وهي سبب التوارث بين الزوجين، ولا عبرة بمظنة الفرار، لأن الأحكام لا تُنات بالأمور غير الظاهرة .

وفي هذا يقول الإمام الشافعي -رحمه الله- : كل زوج عاقل غير مغلوب على عقله يجوز طلاقه، سواءً كان صحيحاً أو مريضاً، فإن طلق الرجل امرأته ثلاثاً، أو تطليقة لم يبق له عليها من الطلاق غيرها، أو لاعنها وهو مريض، فحكم ذلك في وقوعه على الزوجة وتحريمها حكم صحيح وكذلك لو طلقها طليقة واحدة قبل الدخول، وكذا كل فرقة لا يملك فيها الزوج رجعة<sup>2</sup>.

غير أن فقهاء الحنفية<sup>3</sup> والمالكية<sup>4</sup> والحنابلة<sup>5</sup>، يرون أن الزوجية قد أُزيلت بقصد إبطال حق الزوجة في الإرث، فيرد على المطلق قصده ما بقيت العدة لبقاء آثار الزوجية، وإذا كانت الفرقة من جانب الزوجة في مرض الموت، وكانت طائفة مختارة، ولم يكن ما كان منها برضا الزوج، فإنها تُعتبر فارةً، ويستحق زوجها الميراث إذا ماتت وهي في العدة، لأنها قصدت حرمان زوجها من الميراث فيرد قصدها عليها. غير أن المالكية توسَّعوا في المسألة فقالوا أن المطلقة في مرض موتٍ مُطلقها ترث زوجها سواءً انقضت عدتها أو لم تنقض، بل وسواءً تزوجت أو لم تتزوج بعده<sup>6</sup>. وقد استدلووا في مذهبهم هذا بفعل عثمان -ع- لما ورث امرأة عبد الرحمن بن عوف التي طلقها في مرض موته، ولم يخالفه أحد من الصحابة فعُد ذلك إجماعاً منهم.

وذهب الحنابلة إلى التركيز على أنها ترث ما لم تتزوج، ولو انقضت عدتها، فإذا تزوجت سقط حقها في الميراث، وهذا في المطلقة المدخول بها، باعتبار أن المطلق فارٌّ من ميراثها، وهذا المعنى لا يزول بانقضاء العدة. كما أن المطلق قصَّد قصداً فاسداً فعوقب بنقيض قصده، كالقاتل الذي قتل مورثه استعجالاً للميراث، فإنه يعاقب بحرمانه منه<sup>7</sup>.

1 : علاء الدين الكسائي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج3، دار الكتاب العربي، بيروت، ط2، 1982، ص 218. و الشيخ زين الدين ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنوز الدقائق، ج3، دار المعرفة، بيروت، ط2، (د س ط) ، ص 43.

2 : محمد بن إدريس الشافعي، الأم، ج5، دار الفكر، ط1، 1980، ص 145.

3: زين الدين بن نجيم الحنفي، البحر الرائق في شرح كنوز الدقائق، ج3، ط2، دار المعرفة، بيروت، (د س ن)، ص 15 وما بعدها؛ سيد أحمد الطحطاوي الحنفي، حاشية الطحطاوي على الدر المختار، ج2، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، ط 3، 1975، ص 83 وما بعدها.

4: شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، دار الفكر ، بيروت، لبنان، ط5، (د س ن) ، ص 115.

وينظر الإمام مالك بن أنس، المدونة الكبرى، مرجع سابق ؛ أبو البركات أحمد الدردير، الشرح الصغير، مطبوع مع بلغة السالك، ج2، ط4، دار المعرفة بيروت، (د س ن)، ص 71 وما بعدها.

5: أحمد بن قدامة المقدسي، الشرح الكبير على متن المقنع، على هامش المغني، ج7، مرجع سابق، ص 129 وما بعدها ؛ علاء الدين أبي الحسن علي المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج3، تحقيق محمد حامد الفقي، ط1، 1957، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص70-75.

6 : ابن عبد البر، الإستذكار، ج17، دار أبو عين ، القاهرة، وثقه : عبد المعطي أمين قلعي ، ص 264.

غير أنه وبالتدقيق في المسألة فإننا لا نجد أي أثر يدل على استحقاقها الميراث بعد زواجها ، وكل ما في الأمر أن المالكية بنوا حكمهم هذا على أن المطلق في المرض قصد الفرار من الميراث فعوقب بنقيض قصده بإثبات الميراث للمرأة، واستحقاقها له دون النظر إلى ما لها بعد ذلك..

7 : ابن قدامة المقدسي، المغني، ج7، دار الكتاب العربي، 1972م، ص 218.

## الرأي الثاني : إذا كان الطلاق بائناً.

إذا طلق الزوج زوجته طلاقاً بائناً، بينونة صغرى أو كبرى، فإن كان ذلك في حال الصحة ومات أحدهما بعده، لم يرثه الآخر، ولو كانت المطلقة لا تزال في العدة، وسواء كان الطلاق برضاها أم بغير رضاها، لأن الطلاق البائن يقطع حكم الزوجية من حين وقوعه دون التوقف على انقضاء العدة. أما إذا طلق الزوج زوجته المدخول بها، طلاقاً بائناً بينونة صغرى أو كبرى في حال مرضه مرض الموت، فإن كان برضاها فلا خلاف بين الفقهاء في أنها لا ترثه لعدم تحقق الفرار منه، كما لا يرثها، فإن كان الطلاق بغير رضاها فإنها ترثه إذا مات في مرضه هذا ولم تكن عدتها قد انتهت، ولا يرثها هو كذلك، لأن الوارث يتعلق حقه بمال مورثه من أول وقت مرض موته، فكان طلاقها في مرضه القصد منه إبطال حقها بعد تعلقه فراراً من إرثها، فيلحق بالعدم في حق إبطال الإرث في الحال، ويرد عليه قصده بتأخير عمله إلى زمان انقضاء عدتها كقاتل المورث تماماً<sup>1</sup>.

وفي هذا ذهب الشافعية في القول الصحيح، إلى أن من بَتَّ طلاق امرأته في المرض المخوف واتصل به الموت، أنها لا ترثه كما لا يرثها، لأن الزوجية هي السبب في الإرث وقد انقطعت بالبينونة كما الطلاق في الصحة تماماً. والقول الثاني عندهم أنها ترثه لأنه متهم بقطع إرثها فورثت. غير أن الحنابلة يذهبون في أشهر الروايتين أن من طلق زوجته في مرض الخوف، ثم مات من مرضه، فإنها ترثه في العدة وبعدها، ما لم تتزوج ومادامت مدخولاً بها، لأن سبب توريثها فراره من ميراثها، وهذا المعنى لا يزول بانقضاء العدة، ولم يرثها المطلق لو ماتت قبله<sup>2</sup>. ويذهب الحنفية إلى أنها ترثه مادامت في العدة، فإن انقضت فلا ميراث لها، وهذا إن طلقها من غير سؤالها، فإن سألتها الطلاق فلا ميراث لها، وذلك لاعتبارهم أن الحقوق الزوجية تنتهي بانقضاء العدة<sup>3</sup>.

وبناء على كل ما سبق، وبالنظر في جملة الأدلة التي ساقها المذاهب الإسلامية المذكورة آنفاً يتبين أن سبب اختلاف الفقهاء في ميراث المبتوتة في مرض الموت، راجع إلى مدى أخذهم وعملهم بمبدأ سد الذرائع، حيث أن المطلق اتخذ الطلاق الثابت له حقاً شرعياً كذريعة إلى أمر ممنوع شرعاً، وهو حرمان الزوجة من الإرث قصداً. وفي هذا يقول الإمام ابن رشد - رحمه الله -

وسبب الخلاف إختلافهم في وجوب العمل بسد الذرائع، وذلك أنه لما كان المريض يُتهم في أن يكون إنما طلق في مرضه زوجته ليقطع حظها من الميراث، فمن قال بسد الذرائع أوجب ميراثها، ومن لم يقل بسد الذرائع لم يوجب لها ميراثاً، وذلك أن هذه الطائفة تقول: إن كان الطلاق قد وقع فيجب أن يقع بجميع أحكامه، لأنهم قالوا: إنه لا يرثها إن ماتت، وإن كان لم يقع فالزوجية باقية بجميع أحكامها... وأما من رأى أنها ترث في العدة، فلأن العدة عنده من بعض أحكام الزوجية، وكأنه شبهها بالمطلقة الرجعية، وروي هذا القول عن عمر وعائشةؓ وأما من اشترط توريثها ما لم تتزوج فإنه لاحظ إجماع المسلمين على أن المرأة الواحدة لا ترث زوجين، واختلفوا إذا طلبت هي الفراق، أو ملكها أمرها الزوج فطلقت نفسها، فقال أبو حنيفة: "لا ترث أصلاً، وفرق الأوزاعي بين التملك والطلاق، فقال: ليس لها الميراث في التملك، ولها في الطلاق، وسوى مالك في ذلك كله، ...<sup>4</sup> لذا فإن الحكم بتوريث المطلقة في مرض الموت هو للحيلولة دون تحقيق القصد غير المشروع أو المصلحة غير المشروعة التي توخاها المريض مرض الموت، وهو

1 : أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، بيروت، 1998، ص128.

2 : ابن قدامى المقدسي، المغني، ج7، مرجع سابق، ص 217-218.

3: الشيخ نظام، الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة، ج1، دار صادر، بيروت، 1991، ص462.

4: أبو الوليد ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، دار الإمام مالك للكتاب، الجزائر، ط1، 2008، تحقيق محمود بن الجميل، ص 83-

حرمانها من الإرث، وهكذا قد قام الدليل على وجوب إبطاله لمناقضة قصد الشارع في كل تصرف يراد به إسقاط واجب أو تحليل حرام<sup>1</sup>.

وعليه لما كان الطلاق حقاً مشروعاً، فإنه لا يجوز التعسف فيه قصد غايات ضارة بالملقة فإذا ما ثبت هذا التعسف من الزوج، أو أتهم به كان الحكم بخلاف قصده بوقوع الطلاق، كونه قاصداً له، ويحكم بتوريث المبتوتة ولو بعد زواجها، وهذا إعداماً لهذا التصرف من المجتمع مهما كان الدافع إليه، وهذا أقصى ما يمكن أن يتصور في أعمال نظرية التعسف<sup>2</sup>.

## II. موقف القانون الجزائري من هذا الطلاق.

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى طلاق المريض مرض الموت بنص خاص في قانون الأسرة، مما يبين أنه يحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية<sup>3</sup>، وما ثبت في الفقه الإسلامي، غير أنه وبقراءة نص (المادة 132) ق.أ.ج: «إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث». وما يفهم من منطوق هذا النص تقييد المشرع الجزائري لميراث المطلقة من زوجها المتوفى بأن تكون الوفاة قبل انقضاء العدة، وعلى اعتبار أن النص عام في الطلاق ولا يوجد ما يخصه بكونه في مرض الموت أو غيره، فإنه يمكن سحبه على الطلاق في مرض الموت، إن مات خلال عدتها قبل نهايتها، أي أن المشرع يميل إلى الأخذ بقول الأحناف الذين قضوا بميراثها خلال العدة فقط.

كما اطردت المحكمة العليا على تعويض الطلاق التعسفي، فقد شددت في قراراتها على أن التعويض واجب على من طلق زوجته تعسفاً<sup>4</sup>، ومن بين القرارات التي يظهر فيها جليا اعتماد المشرع الجزائري لنظرية التعسف في استعمال الحق، في إيجاب التعويض عن الطلاق التعسفي، بدل المتعة ما يأتي: "من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقاً تعسفياً نفقة عدة، نفقة إهمال، نفقة متعة، وكذلك التعويض الذي قد يحكم به لها من جراء الطلاق التعسفي، والقضاء بما يخالف هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي منح للزوجة مبلغاً إجمالياً من النقود مقابل الطلاق التعسفي"<sup>5</sup>، ولقد قضت محكمة سيدي أحمد بتاريخ 1984/10/28 بمبلغ 20000 دج كتعويض عن الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي، طبقاً لسلطتها التقديرية، طالما أن المشرع لم يحدد حداً أقصى، ولا حد أدنى للتعويض الذي يقدم للمطلقة في حالة التعسف في الطلاق.

وقد حكم القضاء الجزائري بأن حق الطلاق مخول في الشريعة للزوج، ولا يترتب على استعماله من الأحكام سوى استحقاق الزوجة المطلقة لمؤخر صداقها، ونفقة عدتها، التي يراعي في تقديرها حالة المطلق المالية حيث جاء ما يلي: "القرار المطعون فيه قد خالف أحكام الشريعة في الطلاق الذي هو ملف في عصمة الزوج الذي ما فتئ في كل مراحل الخصام يطلب رجوع زوجته و الحكم بتطبيقها من جانب قضاء الموضوع لا مبرر له"<sup>6</sup>. "غير أنه إذا كان

1 : فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، مرجع سابق، ص 148.

2 فتحي الدريني، مرجع سابق، ص 149.

3- وقد صرح المشرع الجزائري بهذه الإحالة صراحة بنص المادة 222: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية."، وفي هذا توسع من الشرع وعدم تقيده بأي مذهب فقهي.

4- المحكمة العليا، الأحوال الشخصية، 1989/03/27، ملف رقم (53017)، المجلة القضائية، 1991، العدد الأول، ص 56.

5- المحكمة العليا غ.أ.ش، 1986/04/07، ملف رقم 41560، المجلة القضائية، 1989، العدد الثاني، ص 09.

6 : محكمة المدية 1969/02/12، مجلة المحاماة، 1974، العدد الثاني، ص 35 المحكمة العليا.

الطلاق لغير سبب مشروع يدعو إليه، وجب على المطلق المتعسف التعويض، لما لحق الزوجة من أضرار بسبب هذا الطلاق" (1).

و في قرار للمحكمة العليا صادر في 22 نوفمبر 1982 مؤداه أن للمطلقة الحق في النفقة و التعويض و سائر توابيع العصمة إذا كان طلاق الزوج غير مبرر، ولو كان الزواج غير مسجل بالحالة المدنية (2).

ثالثا: التعويض عن الطلاق التعسفي.

وكانت هذه المسألة من أبرز نقاط الخلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية، والتي انبنت عليها عدة اتجاهات فقهية، كان لها الأثر المباشر في نشوء إجتهدات قانونية، نادى بها أبرز فقهاء القانون الوضعي، حيث ذهب البعض إلى وجوب التعويض، ونادى بعضهم بجوازه فقط، وهذا ما سنفصله بالتطرق إلى قضية وجوب التعويض من عدمه.

لما كان المقرر في الشريعة الإسلامية أن الأصل في الطلاق الحظر، وأنه لا يباح إلا لحاجة ملحة، كان الطلاق التعسفي منهياً عنه نهياً باتاً، بل إن صاحبه آثم شرعاً، وذلك لتعسفه في استعمال الطلاق، مما يستوجب الحكم عليه بالتعويض، ذلك أن التعويض عن الضرر أمرٌ مُقرَّرٌ شرعاً وعقلاً، وقانوناً وعرفاً، جبراً للضرر، ورعاية للحقوق، وزجراً للمعتدين، وتوفيراً للاستقرار، وتحقيقاً للعدل، وقد دلت مصادر التشريع على مشروعية التعويض عن الأضرار.

ورغم أهمية هذه المسألة لم يرد مفهوم التعويض عن الطلاق التعسفي في كتب الفقهاء القدامى، وإنما هو مصطلح جديد أخذت به قوانين الأحوال الشخصية العربية تبعا للنظريات الفقهية، وتمشيا مع بعض الآراء عند بعض الفقهاء، بأن الأصل في الطلاق هو الحظر، ومن ثم تستحق المطلقة طلاقا تعسفيا التعويض، إذا كان طلاقها بدون سبب مشروع، للأضرار العديدة التي تلحق بها نتيجة الطلاق، حيث ضياع مستقبلها، وفقدان المأوى، وقلة الرغبة بها زوجة في أسرة جديدة، ويجوز إطلاق التعسف والعنت والمضارة بهذا التقييد على نوع خاص من الظلم، وهو الظلم الناشئ عن استعمال الحق، أو التصرف فيه تصرفا مخالفا لمقصود الشارع من شرعه (3).

1: مجلس قضاء تلمسان 18 جانفي 1967، رقم الملف 12717 م. ج 1968 ص 04؛ محكمة الجزائر 12/04/1967.

2: المحكمة العليا 22 نوفمبر 1982، رقم الملف 20013، الاجتهاد القضائي. المرجع السابق. ص 45-46.

3: محمد علي الصابوني، مرجع سابق، ج 1، ص 116.

فخلافًا لقلة من الفقهاء الذين يرون عدم مشروعية استحقاق المطلقة التعويض عن الطلاق التعسفي، كونه حق جائر للزوج، يسوغ له إيقاعه ولأن الجواز الشرعي ينافي الضمان، لذلك متى وجدت هذه الحاجة، ووقع الطلاق على أساسها، فليس من الصواب فرض التعويض على الزوج المطلق<sup>1</sup>. ويرى غالبية العلماء المعاصرين وجوب التعويض في مقابل الضرر اللاحق بها من جراء تعسف الزوج في استعمال حقه بالطلاق، قياسًا على الخلع، فكما المرأة تدفع للزوج ما يتفقان عليه مقابل الخلع، فإن الزوج يلتزم بالتعويض مقابل الطلاق<sup>2</sup>. كما قاسوا مشروعية التعويض عن الطلاق التعسفي على مشروعية متعة المطلقة<sup>3</sup> حيث قال ابن حزم<sup>4</sup>، وأحمد في قول له بأنها واجبة لكل مطلقة<sup>5</sup>، وقال مالك بأنها مستحبة لكل مطلقة<sup>6</sup>، والجمهور على أن المتعة ليست واجبة في كل مطلقة.

فأبو حنيفة يرى أنها واجبة على كل من طلق قبل الدخول ولم يفرض لها صداقًا مسمى، والشافعي يرى أنها واجبة لكل مطلقة إذا كان الفراق من قبله، إلا التي سمي لها وطلقت قبل الدخول، فلا متعة لها، وعلى هذا جمهور العلماء<sup>7</sup>. وعليه يمكن تحصيل مذهبين لدى العلماء المعاصرين في هذه المسألة على النحو الآتي:

ذهب فريق من العلماء المعاصرين ومنهم الدكتور وهبة الزحيلي، والدكتور عبد الرحمن الصابوني، والشيخ عبد الوهاب خلاف، والدكتور مصطفى السباعي، والدكتور عبد الفتاح عمرو، والدكتور عبيد القدومي، وغيرهم إلى أنه إذا أوقع الزوج الطلاق دون سبب معقول، وبمجرد تعنت منه، كان الزوج متعسفًا في استعمال حقه، وجزاء التعسف هنا هو التعويض المالي، وقد استدلووا بأن الطلاق إنما أُبِيحَ لحاجة، فمن أوقعه بغير حاجة إلى الخلاص، فطلاقه واقع وهو آثم.

شرعًا، وإثمه دليل على أنه أساء استعمال حقه، وإساءة استعمال الحق توجب التعويض لما يوقعه من ضرر بالمُطلَّقة<sup>8</sup>. ويذهب رأي ثانٍ إلى القول: "صحيح أن الأصل في الطلاق هو الحظر والمنع، ولا يباح إلا للحاجة، لكن هذه الحاجة تقديرية، قد تكون نفسية لا تجري عليها وسائل الإثبات، فالطلاق من هذه الناحية يشبه ما يسمى بالقانون بالحق التقديري، وهو الذي يكون صاحبه الحكم الوحيد في تقدير الواجب الملقى على عاتقه حين يستعمل هذا الحق، والحق التقديري لا يوصف من يستعمله بالتعسف، ولا يؤدي استعماله إلى مسؤولية صاحبه تطبيقًا لنظرية التعسف في استعمال الحق، وذلك لخروجه عن نطاق هذه النظرية"<sup>9</sup>.

1: محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ص 332، وقال: "وقد أخطأ من حكم بالتعويض من أجل الطلاق".

2: محفوظ بن صغير؛ مرجع سابق، ص 580.

3: مجيد علي العبيدي، مرجع سابق، ص 27 وما بعدها.

4: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري، المحلى، ج 3، ط 4، دار الآفاق الحديثة، بيروت، لبنان، (د س ن)، ص 37.

5: علاء الدين أبي الحسن علي المرادوي، مرجع سابق، ص 78.

6: أبو الوليد بن رشد، مرجع سابق، ص 112-115.

7: سبق تفصيل هذه الآراء. ص 108 من هذه المذكرة.

8: وأشهرهم وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته؛ ج 1، ص 499؛ محمد علي الصابوني، ص 117؛ عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية، ص 142؛ أحمد حسن محجوب السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ج 5 / 276؛ و عبد الفتاح عمرو، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، ص 182، والقدومي، التعسف في استعمال الحق، ص 193.

9: زكي شعبان، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 381.

لكن ذهب الفريق الآخر إلى القول بعدم مشروعية التعويض عن الطلاق التعسفي<sup>1</sup>، وقد استدلل هؤلاء بأن الطلاق حقٌّ مباحٌ للزوج في الشريعة الإسلامية، لا يتقيد في استعماله بوجود الحاجة التي تدعو إليه، فمن طلق زوجته دون سبب ظاهر كان مستعملاً حقه المخوّل له شرعاً ولم يوجد منه إساءة تستوجب مسؤوليته عن الضرر الذي يلحق الزوجة بسبب الطلاق<sup>2</sup>.

وعند التحقيق في المسألة، يلاحظ أنه إذا كانت المتعة مشروعة في حالة الطلاق غير التعسفي على خلاف بين العلماء في وجوبها أم استحبابها، دفعا لضرر متوقع، فإن تقرير التعويض في الطلاق التعسفي مع ما فيه من أضرار، وألم للفراق، وتفويت لنعمة المتعة الزوجية التي ربما تحرم منها مدى الحياة، وسط تزايد مشكلة العنوسة، فإن تقرير التعويض يكون من باب أولى<sup>3</sup>.

وعليه فإذا طلق الرجل زوجته دون سبب مقبول، فإنه يكون قد تسبب بإيقاع الضرر بتعسفه في استعمال حقه، دون إبراز أسباب جدية تحت سلطة القاضي التقديرية، فإن الضرر يكون ثابتاً ومفترضاً، ولا يمكن تداركه بالإزالة، فيتدارك عندئذ بالتعويض القضائي، وذلك جبراً للضرر، وتخفيفاً من الألم الذي لحق بها، بما يتناسب مع حالة الزوج المالية ودرجة التعسف<sup>4</sup>.

وقد يثور السؤال فيما لو كانت الزوجة مفوضة بتطليق نفسها من زوجها أثناء انعقاد الزواج وطلقت نفسها من زوجها دون أسباب، بل لمجرد رغبتها في الخلاص منه، والإضرار به، وأنه لم يوافق على ذلك، فهل يمكن تصور التعسف باستعمال حق الطلاق من جانب الزوجة المفوضة بتطليق نفسها؟ فهناك من يرى وجوب شمول الزوجة أيضاً بالتعسف في استعمال حق الطلاق، إذا كانت موكلة به أو مفوضة، وأسأت استعماله بتطليق نفسها من زوجها، دون سبب أو مصلحة جدية، وإنما فقط بقصد الإضرار بالزوج، فعليها تحمّل التعويض أيضاً، لأنه أساس استعمال الحق. ولكن هذا الرأي مرجوح، لأنه وإن لم يكن هناك مانع من شمول الزوجة بهذا التعسف بناء على إساءة استعمال الحق إذا كان الاستعمال بقصد الإضرار فقط، ولكن قد تكون مصلحة الزوجة في الفراق عن زوجها أجدى وأنفع من استمرار الزواج، بالإضافة إلى أن الزوج عندما يفوض زوجته تطليق نفسها منه متى شاءت، يكون على علم بأن زوجته قد تلجأ إلى هذا الحق المكتسب للخلاص منه، بناء على التفويض أو التوكيل ولو بدون موافقة.

1: وعلى رأسهم محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط 3، دار الفكر العربي، القاهرة، ص 285؛ زكي شعبان، مرجع سابق، ص 381؛ و محمد الزحيلي، التعويض المالي عن الطلاق، ص 60؛ عبد الكريم زيدان، الفصل، ج 6، ص 358.

2 زكي شعبان، مرجع سابق ص 380؛ محمد علي الصابوني، مرجع سابق، ج 1، ص 101.

3: جمانة فوزي النعيمات، مرجع سابق، ص 118.

4 : محفوظ بن صغير، مرجع سابق، ص 583.